



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

המבקשים

בעניין: 1. גולדפון בע"מ

2. מרדכי אלבוים

ע"י ב"כ עו"ד יוסף שם-טוב
גלוזמן, שם-טוב, חוברס, ברויד ושות'

נגד

1. ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה 1988 בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד נירה להב ועו"ד אבי סלונים
להב, ליטבק-עבדי ושות', עורכי דין

2. ב. יאיר ניהול והשקעות בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד יואב נרי ועו"ד רונן בר-און
משרד עוה"ד רונאל פישר, נרי ושות'

3. רשות ניירות ערך

ע"י ב"כ עו"ד ליאב וינבאום

מנהל המחלקה המסחרית בפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)

עו"ד צפנת מזר ועו"ד אמיר הלמר, מחלקת תאגידיים, רשות ניירות ערך

המשיבים

פסק דין

הסכסוך שבין הצדדים – בעלי השליטה (המשיבים 1 ו-2) ובעלי מניות המיעוט (המבקשים) – מתמקד בשאלה המשפטית האם ניתן לסווג בעלי מניות מיעוט בחברה ציבורית כ'בעלי עניין אישי' לצורך סעיף 275 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 בשעה שהם מצביעים נגד אישורה של עסקה בין החברה לבין בעלי השליטה בה.

המסגרת העובדתית והמשפטית, ההליך והטענות

1. זהו הרקע העובדתי לבקשה דנן, בתמצית שבתמצית:

המשיבה 1 היא חברה ציבורית, עתירת נכסים והון, שעיסוקה בכנייה (להלן – החברה). כ-85% ממניותיה שייכים לה"ה יאיר ביטון ויוסף ביטון, מייסדי החברה. יאיר ביטון הוא גם יו"ר פעיל של דירקטוריון החברה. יוסף ביטון הוא סגן יו"ר פעיל של דירקטוריון החברה, ועד לאחרונה שימש כמנכ"ל החברה יחד עם מנכ"ל נוסף, אייל הנדלר. המשיבה 2 היא חברת פרטית, אף היא בבעלותם של האחים ביטון (להלן – חברת הניהול). הסכם שנכרת בשנת 2006 בין החברה לבין חברת הניהול קבע כי לאחרונה תעניק שירותי ניהול לחברה, באמצעות האחים ביטון שיכהנו כמנהליה (להלן – הסכם הניהול).



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

2. באותה שנה הונפקה החברה כחברה ציבורית. מרדכי אלבוים, המבקש 2, רכש חלק ממניותיה. במהלך השנים רכש עוד ועוד מניות, עד שהיו בבעלותו כ-10% ממניות החברה מתוך כ-15% שאינן בידי בעלי השליטה.
3. בשלהי שנת 2010 פג תוקפו של הסכם הניהול, והתעורר צורך לחתום הסכם חדש. הסכם שהוכן היה דומה לקודמו, ונקבע בו כי לחברת הניהול ישולם סכום כסף נכבד ביותר כשכר שנתי, בנוסף להטבות אחרות, בתמורה לשירותי הניהול שיעניקו בעלי השליטה לחברה. מאחר שמדובר בהסכם בין החברה לבין בעלי השליטה בה, כאמור בסעיף 270(4) לחוק, עשתה החברה כמצוות סעיף 275 לחוק שעניינו בעסקה עם בעלי שליטה; תחילה אישרה אותו ועדת הביקורת של החברה, ואחר-כך הדירקטוריון שלה. השלב הבא אשר נדרש על-פי החוק הוא אישורו של ההסכם באסיפה הכללית של בעלי המניות, על-ידי "רוב מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי באישור העסקה, המשתתפים בהצבעה" (סעיף 275(א)(3)(א)).
4. אלבוים הוא בעליה של חברת גולדפון בע"מ, היא המבקשת 1. כאמור, בבעלותו כ-10% ממניות החברה. לטענתו, ההסכם שבין החברה לבין חברת הניהול הוא "עיסקה גרועה, המזיקה לחברה, אשר כל מטרתה להעביר את רווחי החברה הציבורית אל הידיים הפרטיות של בעלי השליטה בה, והמהווה עושק המיעוט וקיפוחו... עסקה זו הינה למעשה 'דיבידנד סמוי' במסווה של שכר, שכל כולו נועד למנוע מבעלי מניות המיעוט (כ-15%) את קבלת הדיבידנד והעברת מלוא הדיבידנד לכיסם הבלעדי של בעלי השליטה...". (עמוד 1 להמרצת הפתיחה). עמדתו-זו של אלבוים נודעת ברבים, ולפיכך גלוי וידוע היה כי יתנגד לאישור ההסכם באסיפה הכללית. מגעים שהתקיימו בין אלבוים ובין המנכ"ל המשותף של החברה ויו"ר ועדת הביקורת שלה, שבהם העלה אלבוים את טענותיו ודרישותיו, לא נשאו פרי.
5. החברה יזמה אסיפת בעלי מניות ביום 5.1.11. על סדר היום עמד גם אישור ההסכם. בהודעת הזימון לאסיפה צויין כי המבקשים נחשבים בעלי עניין אישי, ולא יוכלו להימנות בין המצביעים. זו היתה ההנמקה: "עניינו האישי של מר מרדכי אלבוים נובע מדרישתו למנות נציג שלו למשרת משנה למנכ"ל בשכר



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

כפני כב' השופט נ'עם סולברג

שיחושב כשיעור מתשלומי החברה לבעלי השליטה, לפי היחס שבין החזקותיו להחזקות בעלי השליטה בחברה. כן נובע עניינו האישי מדרישותיו לתגמול מהחברה" (נספח ב' לבקשה). אלבויים פנה אל רשות ניירות ערך (להלן – הרשות), ובמכתב מיום 2.12.10 הודיעה הרשות לחברה כי עמדתה היא שלא ניתן לִמְנוֹת בעל מניות המצביע נגד אישור העסקה בין בעלי עניין אישי. החברה מצדה השיבה לרשות כי היא עומדת איתנה בדעתה ולפיה גם בהצבעה נגד אישור עסקה יכול להתקיים עניין אישי. בינתיים הוסרה הצעת ההחלטה בדבר אישור ההסכם מסדר היום של האסיפה ההיא. בהודעת זימון על אסיפה נוספת, שנועדה ליום 8.5.11 שבה ועלתה ההצעה על סדר היום, ושוב הודע כי אלבויים ייחשב כמי שיש לו עניין אישי.

6. או-אז הוגשה בקשה זו, שעניינה בסעד הצהרתי ולפיו "למבקש אין עניין אישי בעיסקה, הנזכרת בזימון לאסיפה, בין החברה לבין בעלי השליטה בה, ועל כן חובה להביא בחשבון את הצבעתו לצורך חישוב הרוב הנדרש" (בתחילה עניינה של הבקשה נגע גם לאי-כשרותו של הזימון לאסיפה מבחינה פרוצדוראלית. העניין נדון בבקשה לצו הביניים, כמפורט בהחלטתי מיום 11.5.11 (יעויין שם). הליקויים הנטענים תוקנו וסוגיה זו איננה עוד על הפרק).

7. בדיון בבית המשפט ביום 23.6.11 נקבע כי הסדר הנכון הוא לקיים תחילה את האסיפה הכללית, ורק לאחר מכן, ככל שיהיה עוד צורך בדבר – ויתברר אם אכן השאלה דנן היא זו שתכריע את הכף או שמא יאושר ההסכם ממילא – לדון ולהכריע בהמרצת הפתיחה. ביום 30.6.11 התקיימה אסיפת בעלי המניות. על-פי ההודעה המיוחדת שמסרה החברה לרשות ניירות ערך בו ביום, "מתוך המניות שהשתתפו בהצבעה, 64,645 מניות לא סווגו כמניות שלבעליהן יש עניין אישי בהצבעה; מתוכן 54,490 מניות הצביעו בעד ההחלטה ו-10,155 מניות הצביעו נגד ההחלטה. שיעור ההצבעה בעד אישור העסקה מתוך סך המצביעים שסווגו כמי שאינם בעלי עניין אישי הוא 84%". התוצאה הזו מסתמכת כמובן על סיווגם של המבקשים כבעלי עניין אישי בהצבעה. אלמלא כן, התוצאה היתה שונה. לפיכך הוסיפה החברה והודיעה כי "לאור מצב ההצבעות ביחס להחלטה, סיווג ההצבעה נגד ההחלטה, כנגועה בעניין אישי או כנטולת עניין אישי, קובע את תוצאות ההצבעה"; נחוצה אפוא כעת הכרעת בית המשפט בשאלה שעל הפרק.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

8. המשיבות 1 ו-2 מצדן סבורות כי אלבויים סחטן. הן הציגו מסכת של התכתבויות בינו ובין מנכ"ל החברה והיועץ המשפטי שלה, כתבות בכלי התקשורת שבהן התראיין, ועוד כהנה וכהנה ראיות המלמדות לכאורה כי אין מניע רציונאלי מאחורי התנהלותו של אלבויים לבד מסחטנות, וכי כל מטרתו של אלבויים היא להתנות את אישור ההסכם בקבלת טובות הנאה. זהו, לשיטתן, מצב קלאסי של סחטנות המיעוט. המשיבות 1 ו-2 ביקשו לנהל הליך ראייתי על מנת להוכיח את טענותיהן במישור העובדתי. דא עקא, משום שענייננו בשאלה משפטית עקרונית, המתמקדת כולה בפרשנות הוראת-חוק, לא מצאתי מקום להיענות לבקשתן. ממצא בדבר סחטנותו מחד גיסא, או תום-לבו של אלבויים מאידך גיסא, לא יועיל במאומה להכרעה בשאלה. די לנו בנקודת המוצא כי הן 'בזיזת החברה' בידי בעלי השליטה בה, הן 'סחיטת החברה' על-ידי בעלי מניות המיעוט, זו וגם זו תופעות פסולות הפוגעות בערכים ובתועלות שדיני החברות מבקשים להגן עליהם – יעילות כלכלית, אמון הציבור במערכת הפיננסית, חלוקה הוגנת של טובין בין מי שזכאי להם, ועוד כהנה וכהנה – ולפיכך לא ניתן להותירן בלא מענה הולם כדיני החברות.

9. השאלה המשפטית העקרונית שעליה יש להשיב היא אפוא זו:
האם ניתן לסווג בעלי מניות המצביעים נגד אישור הסכם בין החברה לבין בעלי השליטה בה כבעלי עניין אישי בהחלטה, באופן שימנע את הבאת קולותיהם במניין, בהליך לפי סעיף 275 לחוק החברות?

10. רשות ניירות ערך הגישה גם היא את עמדתה, משום ש"להכרה בשאלה העומדת לדיון בתיק זה השלכות רוחב על היקף המגבלות החלות בקשר עם עסקאות בין חברות לבין בעלי השליטה בהן בשוק ההון בישראל, והשפעה ניכרת על מידת אמון המשקיעים בשוק זה. לאור האמור... קיימת הצדקה לשמיעת עמדתה של הרשות בהליך שבנדון, בשים לב לתפקידה – שמירת ענייניו של ציבור המשקיעים" (סעיף 5 לנייר העמדה מטעם הרשות).

'עניין אישי'

11. ראשית חכמה, יש לדעת מהו 'עניין אישי' לצורך דיונו. בסעיף 1 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, הוא מוגדר כך:



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

"עניין אישי של אדם בפעולה או בעסקה של חברה, לרבות עניין אישי של קרובו ושל תאגיד אחר שהוא או שקרובו הם בעלי עניין בו, ולמעט עניין אישי הנובע מעצם החזקת מניות בחברה..."

גדריו והיקפו של ה'עניין אישי' בחוק החברות נדונו בע"פ 3891/04 ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס (1) 294 (2005). בית המשפט העליון ציין שם כי אין לקבוע מסמרות בדבר תוכנו של המונח, כי אם לבחון את התכליות העומדות בכל הליך של אישור שלגביו מתעוררת שאלת העניין האישי, ולאורו ליצוק תוכן למונח: "בתחום הדינאמי נשוא הדיון – חיי המסחר ושוק ההון – יש להימנע מקביעת הגדרות כוללניות, אשר אינן מצליחות, מחד גיסא, לנבא את כל ההתנהגויות האסורות, אך עשויות, מאידך גיסא, ללכוד ברשתן התנהגויות מותרות" (פיסקה 46 לפסק הדין). בית המשפט סיכם עם זאת כי "ניתן לקבוע... כי כל זיקה אישית שיש לבעל מניות לעסקה הנדונה, שהינה בנוסף לזיקה שיש לבעל המניות בחברה בתור שכזה, עשויה להיחשב ל'עניין אישי' של בעל המניות בעסקה הנדונה. הזיקה אכן יכולה, אך אינה חייבת, להיות טובת הנאה כלכלית לכיסו הפרטי של בעל המניות. הגדרה זו עולה בקנה אחד עם הגדרת 'עניין אישי' בסעיף 1 לחוק החברות, הממעטת מגדרה כל 'עניין אישי הנובע מעצם החזקת מניות בחברה', וראויה לשמש קו מנחה לבחינה אם מניותיו של פלוני מוכתמות בעניין אישי, אם לאו..." (פיסקה 49).

12. 'עניין אישי' הוא אפוא זיקה שיש לבעל המניות לעסקה הנדונה, מעבר להיותו אחד מבין בעלי המניות. זו הגדרה פתוחה ורחבה, ועם זאת איננה בלתי מוגבלת: "במטריה נשוא דיוננו, אין מקום להגדרה רחבה וגורפת מדי. יש לפרש את המונח באופן מידתי, המביא בחשבון את משקלה של הזיקה העודפת ביחס לעסקה הנדונה, על רקע שאר נסיבות המקרה, ולאפשר לגוף המברר 'לנקות' מניות המוכתמות, לכאורה, ב'עניין אישי', מקום בו יקבע כי משקלו של עניין זה קל וזניח..." (שם). ייתכנו אפוא זיקות שלא ייחשבו לעניין אישי, בהתאם לעוצמתן הדלה.

13. דא עקא, הגדרה זו שבחוק ופירושה בפסיקה אין בכוחם כדי להשיב על השאלה דנן. המחלוקת שבין הצדדים איננה על שיעורה, מידתה או עומקה של זיקה כדי שתחשב עניין אישי, אלא על שאלה מקדמית יותר – שאלת זהותם של חברי הקבוצה אשר יכולים להיכנס תחת הגדרת בעלי העניין האישי. לשון אחר, האם



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

הדיבור 'עניין אישי באישור העסקה' שבסעיף 275 לחוק יכול לחול רק לגבי מי שתומך בעסקה, או גם על מי שמתנגד לה. נניח אפוא כעת להגדרת העניין האישי, ונעיין בסעיפי החוק העוסקים באישור עסקה בין חברה לבין בעלי השליטה בה.

המחלוקת העקרונית – תכליתו של סעיף 275 לחוק

14. העסקה שהחברה מעוניינת לאשר עם חברת הניהול עונה ללא ספק להגדרה שבסעיף 270(4) לחוק – "התקשרות של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה... לרבות באמצעות חברה שבשליטתו, לעניין קבלת שירותים ממנו בידי החברה וכן אם הוא גם נושא משרה בה – באשר לתנאי כהונתו והעסקתו...", ולפיכך ברור כי חלות עליה הוראות סעיף 275 לחוק. ההתקשרות הנדונה טעונה אפוא אישור של ועדת הביקורת, לאחר מכן של דירקטוריון החברה, ולבסוף של האסיפה הכללית באופן ש"במנין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו רוב מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי ענין אישי באישור העסקה, המשתתפים בהצבעה; במנין כלל הקולות של בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון קולות הנמנעים".

15. המחלוקת שבין הצדדים עוסקת בפירוש הוראת-החוק הזו למעשה, ושורשיה נטועים בהבנת התכלית של ההסדר שנקבע בה. המבקשים ורשות ניירות ערך סבורים כי הפרספקטיבה שבה יש להבין את תכליתו של ההסדר היא פרספקטיבה של ריסון כוחם של בעלי שליטה בחברות ציבוריות בישראל. הקושי המובנה בעסקה שבין החברה לבין בעלי השליטה בה הוא אחד מפניה של 'בעיית הנציג', המתעוררת בשל חוסר הזהות בין מקבלי ההחלטות בחברה הציבורית לבין מי שמושפע מתוצאותיהן של ההחלטות הללו. החשש שהחוק מבקש להתמודד עמו הוא החשש מפני 'בזיזת החברה' על-ידי בעלי השליטה, היינו ניצול כוחם של בעלי השליטה לפגיעה במיעוט, בדרך של עשיית עסקאות בשם החברה שייטיבו עמם על חשבון המיעוט. על מנת למנוע זאת קבע המחוקק פרוצדורה שתבטיח כי עסקאות כאלה תאושרנה רק אם הן עולות בקנה אחד עם האינטרסים של החברה ושל בעלי המניות כולם. הדרך היא בהעמדתן של העסקאות האלה למבחנם של המצביעים שאינם מצויים בניגוד אינטרסים שבו מצויים בעלי השליטה. לפיכך, טוענים המבקשים והרשות, ברור כי מי אשר מצביע נגד העסקה המוצעת לא ניתן



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

לראותו כבעל אינטרס משותף עם בעל השליטה. הטלת מגבלות על מי שמצביע נגד העסקה אינה משרתת את תכלית הפרק החמישי בחוק – מניעת בזיזת החברה – ולכן ברור כי אינה אפשרית.

16. פרספקטיבה זו היא פרספקטיבה אפשרית, וניתן למצוא לה כמה עוגנים בלשון החוק, אך במישור העיוני אין היא חפה מספקות. שהרי, וכן טוענים המשיבים 1 ו-2, 'עניין אישי' יכול להימצא משני צידי המתרט. כפי שלפלוני עשוי להיות עניין אישי באישורה של עסקה, כך לאלמוני עשוי להיות עניין אישי שלא לאשרה; ואין יתרון בעניין אישי זה על פני עניין אישי אחר, שהאחד יפסול את הצבעת בעל המניות הנגוע בו והשני לא. טלו, דרך משל, בעל מניות מיעוט המבקש לסחוט את בעלי השליטה כדי להפיק טובת הנאה לעצמו. לקראת אישורו של הסכם בין החברה לבין בעלי השליטה יפנה אל בעלי השליטה ויתנה את הצבעתו בעד ההסכם בקבלת טובת הנאה. אין מחלוקת כי זו סחטנות. כעת, טוענים ב"כ המשיבים 1 ו-2 בטוב טעם ודעת, נבחן שני מצבים אפשריים: במצב דברים אחד נכנעו בעלי השליטה לדרישתו הסחטנית, וכדי לזכות בתמיכתו בהסכם הבטיחו לו את טובת הנאה המבוקשת. התוצאה תהיה פסילת הצבעתו, גם על-פי עמדת המבקשים ורשות ניירות ערך, שהרי הוא מצביע בעד אישור ההסכם מתוך עניין אישי. במצב הדברים השני, הבה נניח, לא נכנעו בעלי השליטה לדרישתו אלא דחו אותו. הצבעתו תהיה נגועה באותו עניין אישי בדיוק, שהרי אין ספק שיתנגד להסכם כדי להפעיל לחץ על בעלי השליטה, שאולי יצליח להכניעם בעתיד לאחר שייכשלו באישור ההסכם. ברור כי גם בהצבעה זו לא ישקול בעל המניות הלז את טובת החברה כי אם את הדרך למלא את תאוותו-שלו. והנה, על-פי עמדתה של רשות ניירות ערך, הצבעה כזו תחשב כשרה, כביכול איננה נגועה בעניין אישי. פסילת הצבעתו של הסחטן הזה במצב הדברים הראשון, והכשרתה במצב הדברים השני, מלמדת על האבסורד שבעמדתה של הרשות ולפיה הצבעה תחשב נגועה בעניין אישי רק אם היא תומכת באישור ההסכם.

17. ואכן, המשיבים 1 ו-2 טוענים כי הפרספקטיבה שבה יש לראות את תכליתו של סעיף 275 לחוק היא של נטרול השפעתו של כל מי שאינו שוקל את טובתה של החברה בלבד, אלא שוקל את טובתו האישית. המשיבים 1 ו-2 אינם חלוקים על ההנחה כי בעלי השליטה שעמם מיועד להיכרת ההסכם שעל הפרק מועדים



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

להצביע בעדו גם משיקולים שאינם טובת החברה, ולפיכך אין למנות את קולותיהם; אלא שכפי שיש לנטרל את השפעתם-שלהם על אישור ההסכם כך יש לנטרל את השפעתו של כל מי שהצבעתו נגועה במניע אישי, תהא אשר תהא זהותו ותהא אשר תהא הצבעתו. אילו חפץ המחוקק להגביל דווקא את כוחם של בעלי השליטה, אילו החשש מבזיזת החברה היה חשש ממשי כל כך, אילו הצורך לשמר את אמון הציבור במערכת התאגידית היה תלוי כל כולו בהגבלת כוחם של בעלי השליטה, היה המחוקק אוסר על עסקאות בין החברה ובין בעלי השליטה בה באופן גורף. אלא שהמחוקק הכיר גם הכיר בתועלת הרבה שעסקאות כאלה עשויות להניב לחברה ובחר שלא למנוע או לפסול אותן, אלא לנקוט בדרך שתאפשר את קבלתן על-פי שיקולים טהורים גרידא. כל מי אשר נגוע בעניין אישי – אם בעד אישור ההסכם ואם נגדו – אינו שוקל שיקולים טהורים כי אם שיקולים זרים, ולפיכך לא יבוא בקהל בעלי המניות המכריעים את גורלו של ההסכם.

דרכי ההתמודדות בחוק עם הצבעת בעלי עניין: כללי קניין וכללי אחריות
18. שני סוגים של פתרונות מצינו בחוק החברות לבעיית ניגודי האינטרסים.

סוג הפתרונות האחד הוא איסור הצבעה בניגוד אינטרסים, או למעשה בידוד קבוצת בעלי האינטרס והתעלמות מהצבעתם. הרוב שעל-פי קביעתו יישק דבר הוא רוב מתוך מיעוט, היינו רוב מבין אלה שאינם מסומנים כבעלי אינטרס. סוג פתרון זה מסווג בשיח הכלכלי כ'כלל קניין', היינו כלל שאינו מאפשר ביצוע עסקה כלשהי אלא אם ניתנה לה הסכמה. הוא מעביר את כח ההכרעה אל המיעוט ואינו מאפשר לרוב לכפות עסקה על המיעוט (לניתוח סוגי הפתרונות השונים לבעיית ניגוד האינטרסים ראו זהר גושן "הצבעה תוך ניגוד אינטרסים בדיני חברות" משפטים כט (תשנ"ח) 17). סעיף 275 לחוק הוא דוגמה מובהקת לשימוש בדרך פתרון זו.

19. סוג הפתרונות האחר הוא הטלת חובת אמונים. ביסודו אין פתרון זה מבוסס על שלילת כוח הצבעה ממאן שהוא. הוא מניח כי לכל בעלי המניות ישנה זכות הצבעה, אולם מאפשר בחינה אובייקטיבית של טיב ההחלטות שהתקבלו. זיהוי הפרת החובה ייעשה על-ידי בית המשפט, כגורם אובייקטיבי שביכולתו להעריך את טיב העסקה ואת דרך פעולתם של המצביעים. במצב שבו יתברר כי הופרה חובת האמונים יוכל להינתן סעד בדמות פיצוי לנפגעים או אף ביטולה של



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

ההחלטה. סוג פתרון זה מאפשר לרוב לכפות עסקה על המיעוט, אלא שלמיעוט יכולה להינתן הגנה לאחר מעשה, לאחר בחינה אובייקטיבית של העסקה והשלכותיה. לפיכך הוא מסווג כ'כלל אחריות', היינו כלל משפטי המאפשר לכפות עסקה על פלוני תוך תשלום פיצוי. דרך פתרון כזו באה לידי ביטוי בחוק החברות בסעיף 270, הקובע כי עסקאות של החברה עם בעלי עניין ייעשו רק אם "העסקה אינה פוגעת בטובת החברה"; וביתר פירוט נקבעה בסעיף 192 לחוק חובת ההגינות, באופן פוזיטיבי: "בעל מניה ינהג בהפעלת זכויותיו ובמילוי חובותיו כלפי החברה וכלפי בעלי המניות האחרים בתום לב ובדרך מקובלת, ויימנע מניצול לרעה של כוחו בחברה, בין השאר, בהצבעתו באסיפה הכללית ובאסיפות סוג, בענינים הבאים: [...] (4) אישור פעולות ועסקאות הטעונות אישור האסיפה הכללית לפי הוראות סעיפים 255 ו-268 עד 275". גם סעיף 193 לחוק קובע חובת הגינות כללית: "על המפורטים להלן מוטלת החובה לפעול בהגינות כלפי החברה... [...] בעל מניה היודע שאופן הצבעתו יכריע בענין החלטת אסיפה כללית או אסיפת סוג של החברה". החוק קובע גם סעדים. על הפרת החובות האמורות, כך קובע החוק, יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחוייבים.

עמדות הצדדים והקשיים שבהן

20. השימוש שעשה המחוקק בשני הפתרונות במקביל כדי להתמודד עם בעיית ניגוד האינטרסים מחייב את המסקנה כי הם יכולים לדור בכפיפה אחת. אולם אופיים השונה, מבחינה תיאורטית ומעשית, מחייב הבחנה – אימתי ייעשה שימוש באחד ואימתי באחר.

21. גישתם של המבקשים ושל רשות ניירות ערך היא, כזכור, כי יש להבחין בין הצבעה בעד אישור ההסכם המוצע לבין הצבעה נגדו. לשיטתם, בעל מניות המצביע בעד אישור ההסכם, ויש לו עניין אישי, יינקט כלפיו פתרון של איסור הצבעה, היינו כלל קניין; בעוד שהמצביע נגד ההסכם ויש לו עניין אישי יינקט כלפיו פתרון מתחום חובת האמונים וההגינות, היינו כלל אחריות. עמדנו לעיל, מפיהם של ב"כ המשיבים 1 ו-2, על הקשיים העיוניים שמעוררת הצעת ההבחנה הזו.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

22. גישתם של המשיבים 1 ו-2 היא כי שני הפתרונות חלים על הכל – הן על התומכים באישור ההסכם, הן על המתנגדים לו – והם קיימים זה לצד זה ללא קושי. בעל עניין אישי, בין בעד ההסכם ובין נגדו, תיאסר הצבעתו; ולבד מזאת יכול כל בעל מניות לפנות לבית משפט ולטעון טענות מתחום חובת ההגינות.

23. עמדה זו של המשיבים 1 ו-2 מעוררת אף היא קושי גדול, הטמון בכך שהכח ליישם את כלל הקניין, ולקבוע את זהותו של המיעוט שמתוכו יקום הרוב שיכריע, נתון למעשה בידיהם של בעלי השליטה בחברה. על דרך הרוב, ניהול החברה ייעשה על-ידי בעלי השליטה או מטעמם. הסמכות לקבוע מי ייחשב 'בעל עניין אישי', ולשלול את זכותו להצביע, נתונה למעשה בידיהם (כך אכן ארע גם בעניין שלנו, כשבעלי השליטה הם שסיווגו את אלבוים כבעל עניין אישי המנוע מלהצביע). שלוש בעיות קשות מתעוררות ממצב דברים זה:

ראשית, אם תתקבל עמדתם הפרשנית של המשיבים 1 ו-2 לסעיף 275 לחוק תימצא מטרתו מטוכלת. הכל מסכימים כי סעיף 275 בא כדי לפתור את בעיית ההצבעה מתוך ניגוד אינטרסים, ולשלול מבעלי עניין אישי השפעה על אישור ההסכם. אם יותר לבעלי השליטה לקבוע לפי שיקול דעתם מיהו בעל עניין אישי נמצא עצמנו בתוך מעגל שוטה: בעלי השליטה עצמם אינם רשאים להצביע, אולם הם יכולים לקבוע מי יהא רשאי להצביע, וכך למנוע הצבעה ממי שידוע להם כי אינו תומך בהסכם העומד על הפרק. כך, באופן עקיף, יהיו אלה בעלי השליטה אשר יחליטו על אישור ההסכם עמם, ותכלית העל של סעיף 275 – פתרון לבעיית ההצבעה מתוך ניגוד אינטרסים – לא תושג.

שנית, סוגיית הנטלים. מעמדתם הפרשנית של המשיבים 1 ו-2 נובע כי החברה, קרי, בעלי השליטה בה, רשאים לקבוע כי בעל מניות פלוני סחטן הוא, ופועל ממניעים אישיים. מרגע שקבעה כך החברה מוטל הנטל על בעל המניות הזה לפנות אל בית המשפט ולהוכיח את 'חפותו'. זו תוצאה בלתי הוגנת, המעניקה כח עצום לבעלי השליטה בחברה, ומעמידה את בעלי מניות המיעוט בנחיתות דיונית מובנית. הדעת נותנת כי נטל הראיה, כמו גם נטל הפניה לערכאות, יוטל על זה אשר טוען על חוסר תום לבו של זולתו.

שלישית, ייחוס מניעים אישיים נסתרים, או פעולה של סחטנות, לאדם פלוני, אינה עניין של מה בכך. זו הטלת כותם על התנהלותו עם הבריות. גם במישור האזרחי כותם כזה הוא חמור, קל וחומר כשלעיתים עשויים להיות לו גם היבטים פליליים.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

לא ראוי ליתן לבעלי השליטה בחברה את הסמכות להטילו לפי שיקול דעתם, בעת שהם עצמם נתונים בניגוד עניינים. מכל הטעמים הללו לא ניתן לקבל את עמדתם של המשיבים 1 ו-2, כי כלל הקניין – מניעת זכות ההצבעה מבעלי עניין אישי – חל על הכל, והחברה רשאית לקבוע מי ומי נימנה על בעלי העניין.

הפרשנות הראויה להבחנה בין המצבים השונים

24. יש צורך אפוא לקבוע הבחנה בין המצבים שבהם חל כלל קניין, המונע מבעלי עניין אישי להצביע, לבין המצבים שבהם חל כלל האחריות, המטיל חובת הגינות ומקים סעדים בהתאם לה. ההבחנה הראויה לדעתי היא בין עניין אישי גלוי, הנובע מן היחס שבין זהותו של בעל המניות לבין תוכנו של החוזה, לבין עניין אישי נסתר אשר פלוני טוען כי יש לזולתו.

25. במצב שבו עניינו האישי של בעל המניות גלוי (ולעניין עוצמתו וטיבו של העניין האישי, שלא עומד במוקד דיונו, התייחסנו לעיל), ועצם קיומו אינו נתון במחלוקת, יחול כלל הקניין: בעל המניות יהיה מנוע מלהצביע בהתאם להוראת סעיף 275. במצב שבו עניינו האישי אינו גלוי, ועצם קיומו רק נטען על-ידי בעל מניות אחר בעוד שהוא עצמו אינו מודה בו, לא יחול כלל קניין, ובעל המניות יצביע באסיפה. הטוען כי בעל המניות הזה נהג בחוסר תום לב, והצבעתו היתה ממניעים אישיים נסתרים, הדרך פתוחה בפניו לפנות אל בית המשפט בהתאם לסעיפים 192-193 ולקבל את הסעד הראוי.

26. פרשנות זו היא לדעתי הפרשנות הראויה, היעילה וההוגנת, כפי שנראה להלן. אולם ראשית לכל, היא הפרשנות ההכרחית לאור הוראתו של סעיף 276 לחוק: "בעל מניה המשתתף בהצבעה לפי סעיף 275 יודיע לחברה לפני ההצבעה באסיפה או, אם ההצבעה היא באמצעות כתב הצבעה – על גבי כתב ההצבעה, אם יש לו ענין אישי באישור העסקה אם לאו; לא הודיע בעל מניה כאמור, לא יצביע וקולו לא יימנה". הנה כי כן, הקביעה על דבר קיומו של עניין אישי מסורה על-פי החוק לבעל המניות עצמו. אם הודיע על קיומו של עניין אישי לא ימנה קולו; אם הודיע על היעדרו של עניין אישי – קולו ימנה. הדבר אינו מסור לחברה כי אם לבעל המניות, ואין צריך לומר כי חובת ההגינות חלה לגביו במלוא תוקפה. לאחר



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

מעשה רשאי כל בעל מניות, ובעלי השליטה בכלל זה, לפנות אל בית המשפט בהתאם לסעיפים 192-193 בטענה כי הצבעתו של בעל המניות חסרת תום לב היתה, כי סחטן היה, או כי היה לו עניין אישי באישור העסקה. יתכן כי בתנאים מתאימים גם טענת קיפוח תעמוד להם, לטוענים נגדו, על-פי סעיף 191 לחוק, והסעדים הרחבים יותר שהיא מעניקה. טענת קיפוח יכולה להיטען על-ידי בעלי מניות המיעוט, אך גם על-ידי הרוב (ראו ציפורה כהן בעלי מניות בחברה התשס"ח-2008, כרך ב', 160).

27. דרך פרשנות זו מסירה את הקשיים שעמדנו עליהם לעיל; הן בעמדת המבקשים והן בעמדת המשיבים. סעיף 275 נועד כאמור למנוע מבעלי עניין אישי להשפיע על אישור הסכם בין החברה לבין בעלי השליטה בה. לפי פרשנות זו אין הבחנה בין בעלי העניין המצביעים בעד ההסכם לבין אלו המצביעים נגדו. בעל מניות שהצבעתו איננה נובעת ממניעים של טובת החברה, קולו לא ימנה. כך תתקבל ההחלטה הטובה ביותר והיעילה ביותר לחברה. בד-בבד, בעלי השליטה לא יוכלו להשפיע על ההצבעה גם באופן עקיף, על-ידי קביעת זהותם של בעלי זכות ההצבעה. לא להם הכח לקבוע קולו של מי ימנה וקולו של מי לא ימנה. לא להם הכח להעביר את הנטל אל כתפי בעל המניות שהם חוששים – או טוענים שחוששים – ממניעיו הסמויים, ולא להם הכח להטיל רבב של סחטנות לפי ראות עיניהם בבעלי מניות. פסילה מוקדמת של בעל מניות תעשה אפוא רק על-פי הודאתו של בעל מניות כי יש לו עניין אישי באישור ההסכם, או, יש להניח, כאשר הדברים גלויים על פניהם.

28. כך ביחס למניין הקולות בהצבעה. לאחר שתתקבל ההחלטה, פתוחה הדרך בפניו של כל בעל מניות לפנות אל בית המשפט לקבל סעד אחר, מכוח כללי האחריות. ככל שישנה טענה לצד כשלהו – בעלי השליטה או בעלי מניות המיעוט – כי הצבעתו של בעל מניות נטתה מחמת עניין אישי, אין מנוס מהבאת העניין לפתחו של בית המשפט כדי שייבחן את הטענות בכלים הדיוניים והראייתיים הנתונים לו, ויכריע. זו מיומנות הנתונה לבית משפט, ולא לבעלי שליטה בחברה או לאורגניה. אינני סבור כי יש בכך סתירה לעיקרון אי-ההתערבות, שלפיו יש ליתן לחברה לנהל את ענייניה בעצמה ולא בליווי של בית משפט, כי אין מדובר כאן בקבלת החלטה במקום הדירקטוריון כי אם בביקורת מפני ניצול כח הצבעה לרעה (על תפקידה של



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

הביקורת השיפוטית בעסקות בעלי עניין בדיני חברות ראו אסף חמדני ושרון חנס "הגינות מלאה? בעלי שליטה, חובות הדירקטוריון וביקורת שיפוטית" משפט ועסקים ט (תשס"ח) 75).

29. אדרבה, דווקא נתינת הסמכות לחברה לקבוע קולו של מי לא? מנה היא אשר תביא לידי הכבדה על פעולתה השוטפת, כי עוד קודם להצבעה יאלץ בעל מניות שסבור כי נמנע ממנו להצביע שלא כדין לפנות אל בית המשפט; ענייננו-שלנו יוכיח. מוטב אפוא כי מניית הקולות וקבלת ההחלטה ייעשו בפרוצדורה הקבועה בסעיפים 275-276, בהסתמך על הצהרותיהם של בעלי המניות וללא בחינת כליותיהם ולבותיהם; ובירור הטענות על אודות מניעים נסתרים ייעשה רק לאחר מכן.

30. לפיכך, ומבלי להיכנס לגופן של הטענות על ייחוס סחטנות לאלבויים, ההליך הראייתי שרצו המשיבים 1 ו-2 לנהל הוא הליך חיוני, אם יש ברצונם לפסול את הצבעתו. אלא שאין לנהל את ההליך קודם להצבעה, לאחר שאלבויים נפסל מלהצביע ופנה מיוזמתו אל בית המשפט, כי אם במסגרת הליכים משפטיים שצריכים לנקוט בהם המשיבים 1 ו-2 לאחר מעשה, אחרי הצבעה, כדי לפסול את הצבעתו או כדי לקבל כל סעד אחר. זו הדרך הנכונה, אין בילתה, גם אם ארוכה היא יותר.

31. בטרם חיתום אציין כי רשות ניירות ערך ביקשה לעגן את עמדתה גם בלשונו של סעיף 275. אלמלא רצה המחוקק – כך טענתה – להוציא מכלל בעלי זכות ההצבעה את תומכי ההסכם בלבד, לא היה נוקט לשון 'בעלי עניין אישי באישור העיסקה', כי אם 'בעלי עניין בעיסקה' בעלמא. זו טענה שובת-לב אולם לדעתי אין היא מכרעת. ברירת המחדל היא שלא להבחין בין בעלי עניין משני צידי המתנס, ואילו חפץ המחוקק לעשות כן היה עליו לנקוט לשון מפורשת יותר, שלא תותר מקום לספק, כפי שטענו המשיבים 1 ו-2. לפיכך, גם בציטוטים שהובאו בחוות דעתה של הרשות מדיוני ועדת הכנסת אין כדי להכריע את הכף.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ה"פ 7236-05-11

בפני כב' השופט נ'עם סולברג

107 דבר

32. על יסוד ההנמקה לעיל, דומני כי ההבחנה הראויה היא בין עניין אישי גלוי, הנובע מן היחס שבין זהותו של בעל המניות לבין תוכנו של ההסכם, לבין עניין אישי נסתר אשר פלוני טוען כי יש לזולתו. במצב שבו עניינו האישי של בעל המניות גלוי, ועצם קיומו אינו נתון במחלוקת, יחול כלל הקניין: בעל המניות יהיה מנוע מלהצביע בהתאם להוראת סעיף 275 לחוק החברות; במצב שבו עניינו האישי אינו גלוי, ועצם קיומו רק נטען על-ידי בעל מניות אחר בעוד שהוא עצמו אינו מודה בו, לא יחול כלל הקניין, בעל המניות יצביע באסיפה, וקולו ייכלל במנין הקולות. הטוען כי בעל המניות הזה נהג בחוסר תום לב, והצבעתו היתה ממניעים אישיים נסתרים, הדרך פתוחה בפניו לפנות אל בית המשפט בהתאם לסעיפים 192-193 לחוק החברות ולתבוע את הסעד הראוי.

33. התוצאה היא אפוא שהחברה לא היתה רשאית לסווג את המבקשים כבעלי עניין אישי באישור העיסקה לצורך סעיף 275 לחוק, שהרי הם-עצמם מכחישים זאת והטענה נטענת על סמך ייחוס כוונות נסתרות של סחיטה. יש אפוא למנות את קולותיהם של המבקשים במנין הקולות באסיפת בעלי המניות בהצבעה על אישור הסכם הניהול.

עם זאת, הסעד ההצהרתי שאותו ביקשו המבקשים – להצהיר כי אין להם עניין אישי בעיסקה – לא יינתן להם. טענותיהם של המשיבים 1 ו-2 על עניין אישי נסתר אשר הניע את המבקשים שמורות להם להליכים המשפטיים המתאימים, ככל שינקטו בהם.

המשיבים 1 ו-2 ישאו בהוצאות המשפט, וכמו כן ישלמו למבקשים שכ"ט עו"ד בסך של 20,000 ₪.

ניתן היום, י' באב תשע"א (11.8.11), בהעדר הצדדים.
המזכירות תשלח העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

נעם סולברג, שופט